

交易与组织：清代中国的两种契约类型

徐忠明*

摘要：法律的基本功能是解决问题，维护秩序。由于国家能力与解决问题方式的差异，就产生了各国法律体系的不同模式。清代中国本着“抓大放小”的制度设计原则，国法关注的大问题是政治统治、赋税徭役与秩序安宁；国法剩余的小问题即日常生活与经济交往，大多由习惯与契约来维系。传统中国的契约可分两种类型，一是交易型契约，包括买卖、租赁与借贷等；二是组织型契约，包括家族规约、合伙规约与村落规约等。这两种类型的契约，不只填补了国家立法遗留的空白，而且维护了社会秩序的运用。

关键词：清代中国；契约类型；交易；组织

一、问题意识与研究视角

一直以来，有一种流行的意见认为，传统中国的民事法（包括契约法）之所以不发达，是因为农耕经济占了主导地位，而商品经济则处于边缘地位，仅起拾遗补阙的作用。另一种更为极端的看法认为，传统中国压根儿就没有民事法。

上述看法，在某种程度上暴露出了意见持有者“西方中心主义”或“自我东方主义”或“概念化”的思维方式。如果从民法典的角度来讲，英美同样没有，可是没有人会认为英美没有民事法，因为判例法中的民事规则，同样是民事法。这意味着，关于民事法的形式化的定义与标准，实际上是难以涵盖“民事法”的实质形态的。因此，考察传统中国的民事法，我们必须转换观察问题的视角或方法，采取中国本位的实质化的视角。只有这样，我们才能有效进入传统中国的“民事法”领域。当然，这种视

* 徐忠明，男，中山大学法学院教授，博士研究生导师；研究方向为中国法制史、中国法律思想史和法律文化。

角转换，也意味着学术研究者自主性的觉醒。

二、清代中国的国家与社会

我们知道，20世纪90年代，随着东欧社会主义阵营的解体，关于市民社会与国家关系问题的讨论，不仅在西方学界成为热点，而且对我国学者也产生了巨大影响。其时，讨论古今中国的“国家与社会”的话题，一下子盛行了起来。梁治平教授的《清代习惯法：社会与国家》一书的出版，可谓例证之一。

（一）基于国家的视角

我们首先要问：清代中国的皇帝与官僚，他们最为关心的统治或治理的问题是什么？毫无疑问，是统治权力的稳固，是社会秩序的安定。那么，又如何实现这一政治意图呢？首先，基于农耕社会的经济约束以及随之而来的财政约束——深受儒家“薄赋轻徭”意识形态的影响，均决定了政府架构与官僚配置的规模不大、人数不多，即采用“小政府”或“守夜人”的制度模式。瞿同祖在《清代地方政府》^①中指出，州县衙门是“一人政府”，其理由不外乎如此。其次，对于地方治理来说，国家受到了空间规模（大小和地形）与技术因素（交通设施、通信网络）的约束，难以直接深入乡村。再次，信息交流的渠道与方式，一是与官员具有同一教育背景和价值观念的乡绅，二是在日常治理过程中与州县进行“沟通”的地方人员（诸如保甲、里甲、乡约、地保或地方等），三是负责与地方社会进行“交涉”的那些“民之在官人员”的胥吏和衙役。最后，上述人员的设置，既是制度化的，也是不可能完全制度化的。这些人员既是足够的，又是严重不足的。这意味着，清代国家基础权力的设置难以真正落实国家的统治或治理的意图。

在上文所说的“国家能力不足”的情况下，为了实现国家对于地方治理的意图，只能采取“抓大放小”的制度设计原理。^①这就是为什么国家律例关注的重点是犯罪问题，制定的更多是刑事法，而对于民事法的措意不够、条文不多的原因之所在。^②即使国家律例涉及了民事法，其关注点也是在交易过程中出现的欺诈、强买强卖、盗买盗卖、过割赋税诸问题，而不是现代民法典或契约法关注的那些问题。^③由于国家没有足够的资源（行政成本和人力资源）去关注这些问题，也就难以做出相应的法律规定。这是因为，如果国家制定了相应法律，而又没有能力予以实施，不就成了国家自行将它们视为“一纸空文”了吗？这不就是国家在“瓦解”自己制定的法律了

^① 瞿同祖：《清代地方政府》，范忠信、晏锋译，北京，法律出版社，2003。

吗？而其结果，也难以让百姓养成守法的观念，百姓根本就不可能认为这些法律是重要的，是必须遵守的。也就是说，国家如果制定自己没有能力实施的法律，这近乎是自毁“法律之治”的长城，也是愚不可及的行为。^④在司法制度设计上，之所以笞杖以下的词讼案件采取州县自理模式，徒罪以上案件适用审转程序模式，说到底也就是“抓大放小”的意思。小案件由牧令自行料理，可以自由裁量，只要“案结案了”或“摆平理顺”即可；而大案件则必须通过不惜成本的层层审转程序，一是为了实现“慎刑”理念，二是为了避免冤错案件，三是为了控制官员，四是为了实现法律统一。这样一来，既可满足参差不齐的地方社会实际情形的需要，又可实现国家法律统一实施的需要。其结果是，法律秩序的统一性与多样性，法律实践的普遍性与特殊性，都能得到相对满足。这无疑是一种很体现出实践智慧的制度设计的原理。当然，在法律实践中究竟是否达到了预期目的，取得了理想效果，则是另一个问题。

（二）基于社会的视角

俗谚“百里不同俗，千里不同风”足以说明，那些未能纳入国家法律调整的社会问题，须靠风俗来调整；推而广之，地方社会的日常互动与交往秩序必须靠风俗来维持。俗谚又说“一遭情，两遭例”或“十法九例”，即意味着百姓在日常生活中进行的人情交往，随着交往次数的增加，将会形成风俗或惯例；如果某些风俗或惯例足够重要，就会被纳入到国家的法律之中，或者成为地方立法比如“省例”的一部分。学者熟知的“典当”“典权”之类的国家律例，原先都是社会习惯。但是，它们都渐次成了地地道道的民事法或契约法。另一方面，那些仍然留存在地方社会里的风俗或惯例，则继续以其原来的样态发挥建构和维持社会秩序的作用。第三方面，作为建构和维持交易秩序与组织功能的各种契约，除了以习惯为基础，同时也是当事人之间的约定。这种“约定”，不一定要以习惯为基础，只要当事人之间意思表示的合意即可。这时，我们既看到了社会习惯与国家律例之间的差距，又看到了社会习惯与国家律例之间有效的互动与整合，同时还看到了当事人之间就交易与组织事项的合意。签订契约，就是为了“锁定”他们之间的合意。因此，对当事人来讲，契约就是他们之间的“法律”，可以被强制执行。如果当事人不愿意履行，对方当事人就可以请求地方衙门予以强制执行。实际上，如果我们从民间社会来考察，在日常生活和交易过程中国家法律可能只是一种背景或座基，习俗或惯例才是引导和约束他们行为的具体而微的规则，契约则是他们建构各种关系的工具。或者说，国家法律止步的地方或留下的空间，便是习俗或惯例起步的地方或填补的空间，两者相辅相成。可以说，如果不了解风俗、习惯与契约，我们基本上没有办法理解民间社会秩序的结构与特色。

三、交易型契约与组织型契约

欧洲中世纪的封君与封臣之间签订的政治性契约（宪章），城市独立运动产生的政治性宪章——源于城市与国王、领主以及教会之间签订的契约。美国法学家罗斯科·庞德《法律史解释》^①所谓的“现代契约精神”的中世纪根源这种说法，一个重要来源，恐怕就在于此。这类“宪章”，可以启发我们思考春秋战国时期诸侯各国之间签订的政治性盟约、汉初“约法三章”、唐初“约法十五条”之类的君王与父老之间的政治性契约。这里，君王是首倡者，民众（父老）是唱和者。只是这类“盟约”与“约法”更多是政治策略，而不是作为“宪制”意义的国家统治或皇帝权力的正当性或合法性的基础。此外，韩非曾说君臣之间是“市道”的关系，即君授予臣以爵禄，臣供给君以才知的一种交易。若然，君臣之间似乎也是一种契约关系。不过这种说法根本代表不了传统中国意识形态的核心价值。据此，我们均可搁置不谈。

（一）交易型契约

其一，虽说清代中国仍然是农业主导的社会，但是由于作为生产资源基础的土地，已经部分私有化了，诸如租赁、典卖、绝卖已经成为非常普遍的社会现象与契约实践。这些关系的建构，免不了要签订契约。其二，无论店铺、货栈抑或民居，均存在着租赁现象。这些关系的建构，同样免不了要签订契约。其三，日常生活中的各种买卖与借贷，也同样要靠契约来建立“信用”关系。其四，买卖奴婢、雇用劳力、聘请教师和幕友以及缔结婚姻，也都必须签订契约。之所以签订契约，无非是为了方便执行，确保交易安全，维护交易秩序，从而避免可能产生的争执与诉讼。

（二）组织型契约

其一，家规族法。家族组织的基础，虽然源于血缘，但是家族成员的来源，并不完全基于血缘，也可以通过契约形式建构家族关系，比如“收养”和“立嗣”之类。至于家规族法的制定，看起来更像是家族长老或各房之长的单方行为，与族众无关，但实际上，家规族法的制定，仍隐含了长老们或房长们的“沟通商谈”与“集体同意”的契约色彩，至少也是通过“首倡与唱和”的程序，^②才能达成决策，形成共识，制作文书。就清代中国普遍存在的“各房”轮流管理族产的模式而言，其契约特色更为明

^① [美] 罗斯科·庞德：《法律史解释》，邓正来译，北京，商务印书馆，2016。

^② [日] 高见泽磨：《现代中国的纠纷与法》，何勤华、李秀清、曲阳译，北京，法律出版社，2003。

显。其二，为了从事贸易和买卖，商人成立的商业合伙之类的组织，也是采用契约来组织；董伙之间的雇用关系和权利义务，也同样是通过契约来建构。各地商会之所以拥有解决纠纷的权力或职能，实际上是商人通过“谈判”达成的合意和约定，然后再以“章程”的形式加以规定。其三，城厢和乡村的各种长期或短期（临时）的组织，诸如水利、防盗、结社等，无不是通过契约来建构与运作。顺便指出，这类契约的合法化，不仅是相关人员的合意，在一定程度上还要向州县衙门履行“报备”手续，也是一种增强合法化的手段。

四、结语

综上所述，我们可以大致看出，在清代，名目繁多的契约，渗透到了社会生活的各个方面。笔者以为，法律之所以存在，主要是为了解决现实社会存在的各种问题，诚如梁漱溟先生所说，法律不过是给社会生活一个走得通的法子。^①就此而言，如果问题已得到了“差强人意”的解决，社会秩序已得到了基本的维系与运作，也就不可能发展出相应的法律体系。对于清代中国的民事法包括契约法的存在形态与实践作用，我们应该回到历史去看，并且做出相应的解释。

① 参见梁漱溟：《乡村建设理论》，上海，上海人民出版社，2011。